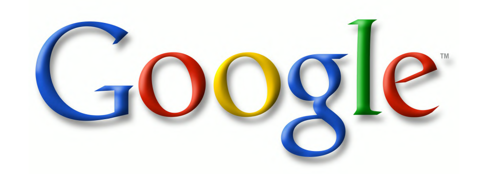
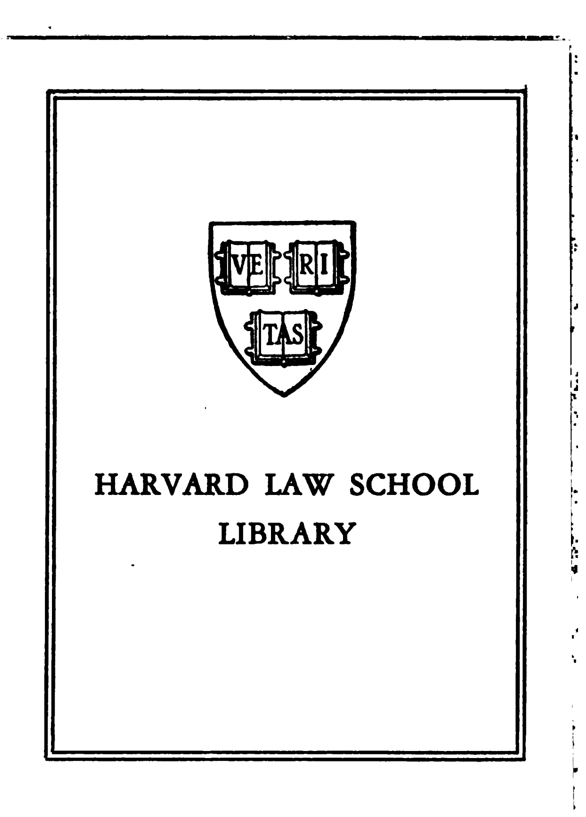
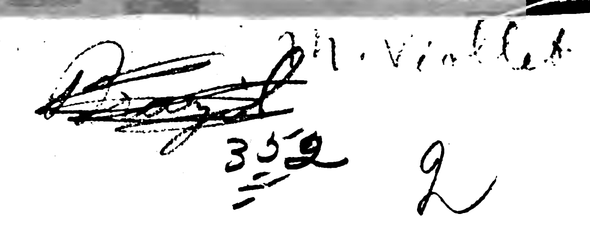


CAILLEMER

L'Origine Du Douaire Des Enfants,
1904


VE
RI
TAS
HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY



L'ORIGINE

DU DOUAIRE DES ENFANTS

PAR

ROBERT CAILLEMER

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE



PRATO

TIPOGRAFIA GIACHETTI, FIGLIO E C.

—

1904

Extrait des *Studi in onore di Vittorio Scialoja*

Dans une étude antérieure, dédiée à l'un des maîtres de la science française, [1] nous avons étudié la décadence, à la fin de notre ancien droit, d'une des institutions les plus curieuses de notre vieux droit coutumier, le douaire des enfants. Ce sont les origines et les premiers développements de cette même institution que nous voulons examiner, dans les quelques pages qui vont suivre, que nous dédions, comme un faible hommage d'admiration et de reconnaissance, au savant romaniste italien dont nous fêtons aujourd'hui le jubilé.

On sait ce qu'est le douaire des enfants, tel qu'il apparaît dans les documents du XIIIe siècle, dans les coutumes de la région parisienne. Le douaire est une portion des biens du mari, qui sert de dotation, non seulement à la femme, mais aux enfants qui naîtront du mariage. On ne peut aliéner ni grever le douaire au détriment des enfants, qui le prèleveront intact au décès de leurs parents.

Ce douaire des enfants, tel qu'il est organisé au XIIIe siècle, est-il ancien? L'idée que le douaire de la femme doit servir de dotation pour les enfants à naître du mariage existait-elle déjà pendant la période franque? S'est-elle seulement dégagée au cours du haut moyen-âge?

(1) *Quelques observations sur l'histoire du douaire des enfants*, dans les *Mélanges Ch. Appleton*, Lyon, 1903, p. 111 et ss.

Cette question a donné lieu, récemment, à des controverses, et notamment à un débat entre deux savants historiens du droit, entre MM. BRUNNER et FICKER.

Il importe de préciser d'abord les termes du problème, tel qu'il se pose à l'époque franque.

En effet, quelques-unes des solutions les plus caractéristiques du futur douaire des enfants s'appliquent à la *dos* dès la période franque. Mais ces solutions découlent simplement du caractère même de la *dos* franque, qui confère à la femme un droit de propriété, et non pas, comme à la fin du moyen âge et dans les temps modernes, une simple jouissance viagère.

Ainsi, à l'époque franque, comme à partir du XIIIe siècle, le mari ne peut pas aliéner la *dos*, soit pendant la vie de la femme, soit après le décès de celle-ci; mais cette inaliénabilité de la part du mari, qui résultera plus tard du droit des enfants sur le douaire, découle, à l'époque franque, de ce fait que la *dos* est la propriété de la femme. La *dos* est entrée dans le patrimoine de la femme et échappe au droit de disposition du mari. Si la femme prédécède, elle transmet à ses enfants, en même temps que ses biens propres, la *dos* qu'elle a reçue de son mari. Plusieurs textes le décident d'une manière formelle. Tout au plus le mari survivant peut-il garder la jouissance de la *dos*, quand les enfants sont mineurs; il ne peut en aucun cas l'aliéner. (1)

Ce n'est donc pas en ce qui concerne les pouvoirs de disposition du père, que l'idée du douaire des enfants, si elle existe à l'époque franque, va pouvoir se manifester.

---

(1) V. capitulaire additionnel à la Loi Salique, I, 8, dans l'édition de BEHREND : «De viris qui alias ducunt uxores. § 1. Si quis uxorem amiserit, et aliam habere voluerit, dotem, quem primarie uxorem dedit, secunda ei donare non licet. Si tamen adhuc filii parvoli sunt, usque ad perfectam aetatem res uxoris anterioris vel dotis causa liceat iudicare, sic vero de has nec vendere nec donare praesummat. » Ce texte est rangé, dans l'édition de GEFFCKEN, dans le second capitulaire, dont il forme le chapitre 4. — Cf. Formules de MARCULFE, II, 9; MERKEL, 22 ; — *Mélanges Ch. Appleton*, p. 125, note 4.

La question du droit des enfants sur la *dos*, à l'époque franque, va surgir au sujet des droits du propriétaire de la *dos*, au sujet des droits de la femme.

La femme peut-elle disposer de sa *dos*, soit avant, soit après le décès de son mari? Non, si la *dos* est « propre aux enfants »; oui, si les enfants n'ont pas de droit sur la *dos*. La question ne se posera pas ainsi à la fin du moyen-âge, parce que le droit de la femme ne sera plus qu'un droit de jouissance viagère; elle se pose ainsi à l'époque franque, parce qu'alors la femme a la propriété de la *dos*.

Beaucoup d'auteurs ont soutenu que le douaire de la mère, dès l'époque franque, est propre aux enfants; que la *dos* franque, constituée par le mari au profit de la femme, est inaliénable entre les mains de celle-ci; qu'elle est immobilisée, réservée, « *verfangen* » au profit des enfants nés ou à naître du mariage. Cette théorie a déjà été soutenue en Allemagne par de nombreux historiens du droit franc, par M. SOHM, par M. SCHROEDER, par M. HEUSLER. (1)

Récemment, M. FICKER a défendu et exposé longuement le même système. Mais il attache une importance spéciale à cette démonstration de l'existence du douaire des enfants dès l'époque franque. Le savant et regretté maître cherche à prouver que les coutumes germaniques, antérieures ou contemporaines aux invasions, reconnaissaient au père de famille une liberté complète de disposition. Pendant la période franque, cette liberté s'est restreinte; au contact des idées chrétiennes, les donations pieuses se sont multipliées; on comprit alors le danger de cette faculté illimitée de disposer, et il se constitua un ensemble de systèmes juridiques, variables selon les diverses races germaniques, destinés à protéger la famille

(1) SOHM, dans son édition de la *Lex Ribuaria*, *Mon. Germ. Hist.*, *Leges*, V, p. 233; *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, V, 1866, p. 424; — SCHRÖDER, *Lehrbuch*, 3e éd., p. 312; — HEUSLER, *Institutionen*, II, p. 308 et ss. — V. aussi STOBBE, *Handbuch*, 3e éd. (Lehmann), p. 84; — BRISSAUD, *Manuel*, p. 1649, note 6, 1651 et s., 1667.

contre l'abus des aliénations. Chez les Burgondes, se développa l'idée d'une communauté juridique entre le père et les enfants, communauté régie par le principe de *gesammte Hand*, et empêchant le père de famille de disposer, tant qu'il n'avait pas délivré à ses enfants leur part dans cette masse commune. Chez les Wisigoths, on peut suivre, à travers les rédactions successives de leur *Lex*, les progrès des entraves au droit de disposer. Chez les Francs occidentaux, dans les vallées de la Seine et de la Loire, la *dos* de la mère, c'est-à-dire une part très forte des biens du père, est réservée aux enfants et leur revient toujours intacte; la liberté, pour le père de famille, de disposer de son patrimoine, se trouve ainsi limitée aux biens extra-dotaux. (1)

Récemment, M. Brunner a contesté l'exactitude de ces affirmations. Il a soutenu que la femme franque peut librement disposer de sa *dos;* que cette *dos* ne constitue pas un patrimoine réservé aux enfants; et que c'est ailleurs que ceux-ci peuvent trouver des garanties contre les aliénations émanées de leur père: — dans l'idée d'une communauté avec *gesammte Hand* existant, en droit franc comme en droit burgonde, entre le père et les enfants, et interdisant au père tout acte de disposition, tant qu'il n'a point partagé avec ses fils. (2) M. Ficker a riposté dans un nouveau fascicule de ses *Untersuchungen,* reprenant ses premiers arguments, et cherchant à écarter les textes cités par M. Brunner. (3)

Il est un argument, invoqué par M. Brunner, qu'il faut, dès le début, écarter du débat. Pour le savant professeur de Berlin, « l'idée d'une donation qui serait faite, dès le jour du mariage, au profit des enfants à naître, est une abstraction que, même aujourd'hui, nous comprenons difficilement. » (4)

---

(1) J. Ficker, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, III, p. 375 et ss.

(2) H. Brunner, *Beiträge zur Geschichte des germanischen Wartrechts*, *Festgabe der Berliner Fakultät für H. Dernburg,* 1900, p. 50 et ss.

(3) J. Ficker, *Untersuchungen*, V, 1, p. 234 et ss.

(4) *Festgabe für H. Dernburg,* p. 54 : « Allein der Begriff einer Schen-

Cependant une telle idée est familière à notre ancien droit français. Les coutumes de la région parisienne envisagent le douaire des enfants comme une donation faite à leur profit dès le jour du mariage, alors qu'ils ne sont ni nés, ni conçus. Comme le dit la Coutume de Mantes de 1556, art. 136, le douaire « est propre auxdits enfans, et leur est acquis et affecté du jour du mariage ».

C'est uniquement à l'aide des textes de la période franque et des pays francs que la question doit être examinée. (1)

---

kung, die zur Zeit der Eheschliessung an die Kinder erfolgt, die möglicherweise in der Ehe geboren werden, ist eine Abstraktion, zu der wir uns noch heute nicht aufschwingen können. »

(1) Nous laisserons de côté, dans cette étude des coutumes franques, le texte de Tacite relatif à la *dos*, texte quelquefois invoqué pour établir l'existence, dès avant les invasions, d'une réserve, d'une *Verfangenschaft* de la *dos* germanique au profit des enfants (*Germania*, c. 18). Après avoir énuméré les objets mobiliers qui composent la *dos*, et mis en relief leur sens symbolique, Tacite ajoute: « Sic vivendum, sic pereundum ; accipere se, quae liberis inviolata ac digna reddat, quae nurus accipiant, rursusque ad nepotes referantur. » M. Ficker, III, p. 418, attache à ce texte une grande importance. Il le rapproche des coutumes françaises de la fin du moyen-âge, qui établissent et règlent l'accroissement du douaire des brus à la suite du décès des belles-mères. V. Ficker, III, p. 265; R. Caillemer, *Mélanges Ch. Appleton*, p. 162; 163, note 1. — Nous croyons qu'il faut, au contraire, écarter ce texte du débat. D'abord il est possible que les biens mobiliers dont parle Tacite composent, non la *dos* proprement dite, mais la *morgengabe;* v. Schröder, *Lehrbuch*, 3e éd., p. 69, note 67; p. 71, note 78. — De plus il est dangereux d'appliquer à l'ancien droit des Francs Saliens des renseignements donnés par Tacite sous une forme générale ; v., à cet égard, Ficker lui-même, V, p. 235. — Enfin ce passage n'implique pas nécessairement l'inaliénabilité de la *dos;* il nous rapporte un trait des mœurs germaniques. Tacite vante les solides vertus domestiques, l'économie des femmes de la Germanie ; elles ne dissipent par leur *dos*, et la réservent pour les épouses de leurs fils; mais cela ne prouve pas que, en droit, cette *dos* soit inaliénable; un exemple de bonne conduite n'est pas une règle légale.

Il faut signaler aussi un autre argument susceptible d'être versé dans le débat, argument favorable à la liberté pour la femme de disposer de sa *dos*. Si la *dos* était primitivement le prix d'achat de la femme

I.

La discussion porte principalement sur trois textes: un capitulaire, une charte, une formule.

1° Un capitulaire. C'est le texte qui est désigné, dans l'édition de la Loi Salique de Hessels et de Kern, comme formant le titre 72 de la *Lex;* les éditeurs récents, Behrend et Geffcken, le rangent avec raison dans les capitulaires additionnels à la loi. Ce texte concerne le deuxième mariage d'une veuve. Il règle le taux de l'*achasius*, et ajoute que les fils du premier lit pourront, après la mort de leur mère, re-

ou du *mundium* sur la femme, ce prix était remis, non pas à la femme elle-même, mais au *mundoald* ou à la *sippe* de la femme; les enfants nés du mariage ne le recueillaient pas, et dès lors il ne pouvait être question de le leur réserver. Plus tard, dans ce même système, la *dos* fut remise à la femme, et non plus à ses parents; à partir de cette transformation, les enfants purent la recevoir à la mort de leur mère, avec les autres biens maternels. Mais il est vraisemblable que, entre l'époque où la *dos* fut remise à la femme et non plus à son *mundoald*, et la naissance du douaire des enfants, il y eut une période intermédiaire, pendant laquelle la *dos*, tout en étant normalement laissée aux enfants, n'était pas encore réservée au profit de ceux-ci. Chronologiquement, la formation d'un nouveau droit successoral précède de beaucoup la constitution d'une protection de ce droit contre les actes du *de cujus*. L'apparition d'une réserve ne coïncide pas avec l'apparition du droit successif lui-même; la « psychologie populaire », dans un milieu de formation coutumière du droit, s'opposerait à une évolution aussi brusque; et seules les classes d'héritiers appelées depuis longtemps par les coutumes voient leur vocation protégée par une réserve. Dans le système que nous indiquons sur les origines de la *dos*, la remise de la *dos* à la femme elle-même est encore chose trop nouvelle lors des invasions, pour que cette *dos* soit déjà réservée aux enfants.

Mais cette argumentation n'a de valeur que si l'on admet l'existence, chez les Germains, du mariage par achat. Si l'on croit au contraire, avec M. Ficker, III, p. 393 et s. (v. aussi Lefebvre, *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, 1900, p. 424 et s.), que la *dos* ne fut jamais un prix d'achat et fut toujours remise à la femme elle-même, l'argument développé ci-dessus tombe entièrement.

prendre intégralement la *dos* constituée par le premier mari, *dos* que la femme ne peut ni vendre, ni donner. (1)

Pour les uns, ce capitulaire est l'application à un cas spécial, au cas du second mariage de la veuve, d'une règle générale du droit franc en matière de *dos*. Il consacre et confirme, pour cette hypothèse, le principe de la réserve de la *dos* au profit des enfants nés du mariage. S'il parle spécialement du cas de second mariage, c'est parce que les secondes noces des femmes étaient alors chose nouvelle, contraire aux mœurs et aux idées des anciens Germains, et que l'on sentait le besoin d'une règlementation à leur égard. (2)

D'ailleurs, ajoute-t-on, cette inaliénabilité de la *dos* entre les mains de la veuve remariée serait inefficace et inutile; car la femme pourrait, avant de se remarier, disposer de la *dos* au profit de son fiancé, et tourner ainsi la prohibition de la loi. (3)

Pour M. Brunner, ce capitulaire a une origine et une portée tout autres. Son origine est romaine. (4) Il transporte à la *dos* franque les solutions que le droit romain appliquait à la *donatio ante nuptias*. C'est une tentative faite en vue

---

(1) *Capitulare I*, 7 (Behrend, *Lex Salica*, 2e éd., p. 133 et s.): « De muliere vidua, qui se ad alium maritum donare voluerit: Si quis mulier vidua post mortem mariti sui ad alterum marito se dare voluerit... Sic tamen ut dotem quem anterior maritus dedit filii sui post obitum matris sine ullum consorcium sibi vendicent ac defendant, de qua dotem mater nec vendere nec donare praesummat. » — Geffcken, *Cap.* II, 3. — M. Ficker a proposé de lire: « dotem, quem anterior maritus *dedit filiis suis...* »; le douaire serait, à l'époque franque comme dans les coutumes parisiennes de la fin du moyen-âge, une donation faite, non seulement à la femme, mais aux enfants à naître. — Mais voir les observations de M. Brunner, *Festgabe für Dernburg*, p. 54.

(2) Heusler, *Institutionen*, II, p. 307 et s.; — cf. Martin Wolff, *Zur Geschichte der Witwenehe, Mitth. des österreichischen Instituts für Geschichtsforschung*, XVII, p. 369 et s.

(3) Heusler, *Institutionen*, II, p. 308, note 6.

(4) V. déjà, dans le même sens, Sandhaas, *Fränkisches eheliches Güterrecht*, p. 68 et ss.

d'étendre aux coutumes franques des constitutions des empereurs romains, qui figurent dans la *Lex Romana Visigothorum*, et qui interdisent à l'époux qui se remarie de disposer, au détriment des enfants du premier lit, de la *donatio ante nuptias.* (1)

Ces constitutions ont inspiré la législation burgonde. Deux constitutions de la *Lex Burgundionum* défendent à la veuve qui se remarie de disposer des biens que son premier mari lui a donnés. (2) Le capitulaire qui nous occupe a introduit la même règle dans les coutumes franques. Comme les textes

---

(1) V. notamment C. Théodosien, III, 8, 2; C. Justinien, V, 9, 3; et les études de M. Brunner, *Die Fränkisch-romanische Dos, Sitzungsberichte der Berliner Akademie,* 1894, p. 559, 567 et s.; et de M. Meynial, *Le mariage après les invasions, Nouvelle Revue historique de Droit,* XXI, 1897, p. 135 et s. — M. Heusler ne croit pas que ces textes aient pu avoir quelque influence sur le droit franc, et puissent être regardés comme l'origine de notre capitulaire; *Institutionen,* II, p. 308. Il fait observer, que, à la différence du capitulaire qui nous occupe, la constitution du C. Théodosien, III, 8, 2, laisse à la femme le droit d'avantager l'un de ses enfants en lui attribuant les biens compris dans la *donatio ante nuptias* faite à son profit. Mais une novelle de Majorien (VI, § 8) a abrogé cette faculté. Severus (I, pr.) a maintenu cette prohibition: « Ut omnibus ex eodem matrimonio filiis ex aequo communia in unum aut alterum matri conferri non liceat. » — V. Brunner, *Fränkisch-romanische Dos, l. cit.,* p. 568.

(2) L. Burgundionum, XXIV, 1: « Si qua mulier duntaxat Burgundia post mariti mortem ad secundas aut tertias nuptias, ut adsolet fieri, fortasse transierit, et filios ex omni coniugio habuerit, donationem nuptialem, dum advivit, usumfructum possideat; post eius mortem ad unumquemque filium, quod pater eius dederit, revertatur; ita ut mater nec donandi nec vendendi nec alienandi de his rebus, quas in donatione nuptiali accepit, habeat potestatem. » Une constitution du 10 juin 517 (c. LXII) reproduit cette règle: si la veuve se remarie, ayant un fils du premier lit, « dotem sane suam, quam a marito suo acceperat, quamdiu vixerit, utatur, filio proprietate servata. » — Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes,* IV, p. 364, note 33. — A. von Halban, *Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten,* I, p. 300. Avec raison, ce dernier auteur voit, dans la *Verfangenschaft* de la *dos* ou de la *morgengabe* burgonde ou wisigothique, non pas une règle ancienne, mais le résultat d'une évolution postérieure aux invasions.

romains et burgondes, il doit être limité au cas de second mariage de la veuve. La veuve qui garde la viduité continue d'avoir la libre disposition de sa *dos*. (1)

Ce qui nous paraît ressortir de cette étude du capitulaire, c'est qu'il ne peut fournir aucun argument dans le sens de la réserve de la *dos* au profit des enfants. A lui seul, il ne suffit pas à l'établir, et l'on ne peut l'interpréter comme le fait M. FICKER, y voir le reflet d'une règle générale, que si l'existence de cette règle générale est prouvée par ailleurs.

2° Le second document sur lequel porte la discussion est une charte de l'année 572. Une veuve a conclu avec ses fils un contrat, en vertu duquel elle peut jouir des deux tiers des biens de son mari, et de sa *tertia*; par contre, à sa mort, tout reviendra à ses enfants. (2)

Visiblement, cet acte contient des concessions réciproques de la mère et des enfants. Les fils abandonnent à leur mère la jouissance viagère de biens compris dans la fortune de leur père, biens qui auraient dû leur revenir immédiatement. La veuve, en échange de cet avantage, promet de ne pas disposer de sa *tertia*. Cette *tertia* de la veuve pouvait évidemment, avant ce contrat, être librement aliénée par elle.

---

(1) D'autres textes romains, ou influencés par le droit romain, sont allés plus loin et ont interdit à la femme de disposer des biens compris dans la *donatio ante nuptias* même si elle conservait sa viduité. C'est ce que décide la Novelle de Severus, 1, pr., suivie par l'*Interpretatio* de la *Lex Romana Visigothorum :* « sive ad alias nuptias venerit, seu certe non venerit. » — CONRAT, *Breviarium Alaricianum*, p. 124 et s. C'est cette tendance qui a triomphé dans la législation wisigothique. *Lex Visigothorum*, V, 2, 4 (dons extradotaux) ; IV, 5, 2 (*dos*); et dans les formules de Tours et d'Angers que nous citerons plus loin.

(2) PARDESSUS, *Diplomata*, n. 179, et THÉVENIN, *Textes relatifs aux institutions privées et publiques...*, n. 53 : « Chartam ambagibalem ibidem praesentabant, quam Bethta ad ipsos infantes suos fecerat, ubi habebat insertum, dum advivebat, et in partes duas Leogisilo quondam coniuge suo quam et suam *tertiam* ad usum tenuerit, et post suum discessum ad iam dictos infantes suos tam illas duas partes quam et suam *tertiam* in eorum reciperent dominatione. » — BRUNNER, *Beiträge*, p. 51; FICKER, *Untersuchungen*, V, p. 236.

Qu'est ce que cette *tertia?* Si le mot désigne la *dos*, le texte est décisif, et prouve que le droit franc ne connaît pas le douaire des enfants. C'est la conclusion que M. BRUNNER a tirée de ce texte. (1)

M. FICKER a tenté de l'écarter. Pour lui, la *tertia* de la veuve n'est pas la *dos* de la veuve. Cette *tertia,* attribuée à la femme, et ces *duae partes* laissées aux enfants sont des parts de communauté. Il s'agit des lots faits lors du partage de la *collaboratio,* des conquêts réalisés pendant le mariage. La femme survivante a, dans les coutumes franques, un droit au tiers de ces conquêts. Que l'on y voie, avec certains auteurs, un gain de survie, ou, avec d'autres, une part de communauté, cette *tertia pars* n'a rien de commun avec la *dos.* Elle est de libre disposition entre les mains de la femme, mais cela ne prouve pas qu'il en soit de même pour la *dos.* (2)

Cette réponse nous semble peu satisfaisante. L'acte en question nous renseigne en détail sur la situation des parties; le conflit entre la femme et les enfants porte sur une fortune immobilière considérable. Pour M. FICKER, ces biens seraient le produit de la *collaboratio.* La chose est possible assurément, mais n'est guère vraisemblable. L'acte ne fait aucune allusion à d'autres biens existant en dehors de ces immeubles, et il semble qu'ils composent la fortune personnelle du mari, sur laquelle la femme a pris sa *dos* du tiers.

3° Une difficulté d'interprétation analogue, provenant aussi du sens douteux du mot *tertia,* surgit à propos du

---

(1) Dans son étude sur la *Fränkisch-romanische Dos,* p. 573, M. BRUNNER avait vu, dans cette *tertia*, la part de la femme dans les conquêts; dans son article sur le *Wartrecht,* il écarte résolument cette interprétation.

(2) M. FICKER, à ce propos, soutient que la *dos* franque normale a été, dès l'origine, de la moitié des biens du mari, mais il ne produit, à l'appui de cette opinion, aucune preuve décisive. Les textes les plus anciens parlent toujours d'une *dos* du tiers; la *dos* légale de 62 *solidi* $^{1}/_{2}$ correspond au tiers du wergeld du Franc salien, c'est-à-dire au tiers de la fortune normale. Cf. BRUNNER, *Festgabe für Dernburg,* p. 54 et s.

second document invoqué par M. BRUNNER, la formule bien connue de Marculfe, II, 17. C'est un testament conjoint entre époux. Ces époux ont des enfants, et le père les institue pour ses héritiers.

Or, dans cette formule, la femme lègue à son mari, pour le cas où celui-ci lui survivrait, tout son patrimoine; et elle énumère les diverses catégories de biens qui le composent: les biens qui lui sont venus de ses parents; la part qui lui revient dans la *collaboratio*, dans les conquêts faits pendant le mariage; et enfin ce qu'elle a reçu à titre de *tertia*. Le mari, s'il survit, pourra disposer de ces biens dans des buts charitables, gratifier les pauvres, récompenser les *vassi* et les serviteurs; les biens dont il n'aura pas disposé feront retour aux héritiers de la femme. [1]

Donc la *tertia* n'est pas réservée aux enfants; car la femme en dispose, et elle la lègue à son mari en lui accordant le pouvoir de l'aliéner.

Or, dans cet acte, sans aucun doute, la *tertia* désigne bien la *dos*, et non pas le droit de la femme dans la *collaboratio*. La formule énumère séparément la part de *collaboratum* et la *tertia*, à côté des biens venus de la famille de la femme. Si la *tertia* n'était autre chose que la part dans les conquêts, la formule se répèterait inutilement, et de plus il manquerait un élément essentiel dans l'énumération des biens de la femme.

---

(1) *Formules de Marculfe*, II, 17: « Itemque ego illa, ancilla tua, domine et iogalis meus ille in hoc testamentum pruumptissima volontatae scribere perpetua conservatione rogavi, ut, si tu, domne et iogalis meus, mihi suprestis fueris, omni corpore facultatis meae, quantumcumque ex successione parentum habere videor, vel in tuo servitio pariter laboravimus, *et quod in tercia mea accepi*, in intaegrum, quicquid exinde facire elegeris, pro animae remedium in pauperaes dispensare aut ad vassos vestros vel bene meretis nostris, absque repetitionem heredum meorum, quod tua decreverit voluntas faciendi liberam habeas potestatem, et post discessum vestrum, quod non fuerit dispensatum, ad legitimos nostros revertatur heredes ».

Cette argumentation semble très forte. M. FICKER a cependant cherché à en atténuer la portée.

Tout d'abord, le mot *tertia*, quelle que soit sa signification dans l'acte émané de la femme, désigne certainement la part de la femme dans les conquêts, dans la première partie du testament mutuel, dans l'acte émané du mari. Le mari fait allusion aux biens acquis pendant le mariage, à la *collaboratio*, dont un tiers doit appartenir à la femme, et, à la place de ce tiers indivis, il lègue à la femme des biens déterminés. (1) Le mot *tertia* désigne donc ici la part des conquêts, et non pas la *dos*. Pourquoi le sens de ce mot, dans la deuxième partie de l'acte, serait-il différent?

Cette première observation de M. FICKER ne satisfait guère. Tout ce qu'elle prouverait, c'est que le mot *tertia* a un sens variable, et désigne soit la *dos*, soit la part des conquêts. Dans la seconde partie de l'acte, *tertia* désigne la *dos*, et c'est cette seconde partie qui seule nous intéresse ici.

Mais alors M. FICKER se demande si la formule, dans son ensemble, peut être utilisée en toute sécurité. Elle présente des particularités qui la rendent suspecte. L'acte de disposition du mari est bien l'acte d'un individu ayant des fils, car il les institue héritiers. Au contraire, dans l'acte de la femme, il n'est fait aucune allusion à des enfants nés du mariage. La femme, qui dispose de ces biens au profit du mari, ne prend aucune mesure de protection au profit de ces enfants; elle se contente de dire que, si le mari n'a pas disposé des biens qu'elle lui lègue, ces biens feront retour à ses propres *heredes*: ce mot peut fort bien désigner, comme dans d'autres formules, les ascendants ou les collatéraux de la femme. (2) Le rédacteur

(1) « Sed dum in villas aliquas, quas superius nominavimus,... quod pariter, stante coniugio, adquaesivimus, praedicta coniux nostra tertia habere potuerat, propter ipsa vero tertia villas nuncupantes illas... in compensatione recipiat. »

(2) V. par exemple cette expression dans la *carta interdonationis* des *formules de Marculfe*, II, 7, acte qui émane d'époux sans enfants.

de cette formule de testament mutuel l'aurait composée inintelligemment, réunissant, dans cet acte complexe, une formule faite pour un mari avec enfants, et une formule faite pour une femme sans enfants. Dans ces conditions, alors même que le mot *tertia*, dans la deuxième partie de l'acte, désignerait la *dos*, cette acte ne prouverait rien dans la question qui nous occupe. Il prouverait seulement que la femme sans enfants peut disposer de sa *dos*, ce que personne ne conteste.

Quoi qu'il en soit, l'examen de ces divers documents, s'il n'est pas directement favorable à la thèse de M. BRUNNER, ne lui est pas non plus contraire. Ou bien ces textes sont décisifs dans le sens du droit de disposition de la femme sur la *dos*, ou bien ils ne concernent pas la *dos* et ne prouvent rien. Mais il ne ressort pas, de toute cette discussion, un seul argument en faveur de la réserve de la *dos* au profit des enfants.

II.

Ce sont les nombreux *libelli dotis*, contenus dans les collections de formules, qui vont nous donner, d'une manière décisive, la solution du problème. Ils vont nous prouver, de la façon la plus claire, que la *dos* franque n'était pas à l'origine réservée aux enfants.

On a voulu, il est vrai, contester l'argument très clair que nous allons tirer de ces documents; on a nié le sens et la portée de ces clauses des formules; on a soutenu qu'il n'y avait là que des phrases de style, courantes dans les aliénations, et insérées mécaniquement dans les *libelli dotis* par les rédacteurs des formules. (1)

Quand on écarte ainsi les clauses de nos formulaires par cette question préjudicielle, on oublie trop que, dans les périodes de formation coutumière du droit, ce sont précisément les clauses de ce genre qui, peu-à-peu, devenues de style, finissent par être sous-entendues, et fixent le droit.

---

(1) V. notamment FICKER, III, p. 376.

Or la période qui suit les invasions est, en ce qui touche la *dos*, une époque de formation d'un droit nouveau. C'est au cours de la période franque que la *dos* immobilière a remplacé, chez les Francs, la *dos* mobilière de 60 *solidi*. Dès lors, en l'absence de précédents, en l'absence de règle antérieure, qu'est-ce qui va déterminer les règles applicables au douaire immobilier, sinon ces termes des *libelli dotis?* Qu'est-ce qui déterminera les pouvoirs de la femme sur cette *dos* d'un nouveau genre, si ce ne sont pas les clauses qui, dans le *libellus dotis*, fixent précisément les droits de la femme? On pourrait négliger ces clauses, y voir des formules vaines, sans rapports avec le fond du droit, si l'on était en face d'une vieille institution, aux contours arrêtés, aux règles fixées depuis longtemps. Mais comment contester leur importance dans des actes créateurs d'un droit nouveau, d'une institution nouvelle? La constitution d'une *dos* immobilière est une rupture avec le vieux droit franc, un saut dans le domaine de l'arbitraire des conventions individuelles; et l'on ne ferait pas attention à la clause réglant une question capitale, la question du droit de la femme sur sa *dos?*

Or, dans la grande majorité des formules, dans tous les formulaires rédigés dans les pays qui plus tard connaîtront le douaire des enfants, dans tous les formulaires francs, la constitution de la *dos* donne à la femme pleins pouvoirs sur elle. Tous attribuent à la femme le droit d' « avoir » sa *dos*, de la posséder, et aussi d'en faire ce qu'elle voudra, de la laisser à qui elle voudra. Ces clauses se retrouvent dans les formules d'Angers, de Bourges et de Sens, dans le formulaire de Marculfe, dans les formulaires de Merkel et de Lindenbrog. La formule de Lindenbrog est d'autant plus caractéristique qu'elle se réfère expressément à la *Lex Salica*, aux coutumes saliennes. (1)

---

(1) *Formules d'Angers*, n. 34 : « Pro amore dulcitudinem suam aemitto tibi in cartole libelli dotes casa; iam dicta puella, sponsa mea illa, abiat, teniat, possediat, *faciat quod voluerit.* » Rien, dans cette formule,

M. Zeumer a groupé, dans ses *Formulae Extravagantes*, une série de *libelli dotis*, les uns originaires d'Orléans ou

---

ne décèle une influence romaine. Il n'en est pas de même dans le n. 54, sur lequel nous reviendrons plus loin. — *Form. de Bourges*, n. 15, a; *osculum*, don *ante nuptias :* « Haec superius omnia conprehensa te, iam dicta sponsa mea, ante dies nuptiarum (vel: in diae) tibi publicae trado adque transfundo solemniter, liberum exinde fruaris arbitrium et dominatione, *faciendo quod elegeris.* » — *Form. de Marculfe*, II, 15; *tandono* constitué par le père du fiancé : « Et in sua dominatione revocare, vel *quicquid exindae facere elegerit*, liberam habeat potestatem. » — *Form. de Sens*, n. 25; *libellum dotis :* « Ad die presente habeas, teneas atque possideas, vel, *quicquid exinde a die presente facere volueris*, liberam et firmissimam in omnibus habeas potestatem faciendi. » — *Form. de Merkel*, n. 15; *tandono :* « Hoc per hanc tandonem ipsi puelle dono atque transfundo, ut in die felicissimo nuptiarum, Deo iubente, de quo ad coniugium sibimetipsum copulum sociatus fuero, conscriptam re superius nominatam per hanc tandonem habeat, teneat atque possideat, suisque heredibus, *aut cui voluerit*, ad possidendum derelinquat, vel, *quicquid exinde facere voluerit*, liberam ac firmissimam in omnibus perfruatur potestatem faciendi. » — Le n. 17, *libellum dotis*, reproduit la formule de Marculfe citée plus haut (II, 15). — *Form. de Lindenbrog*, n. 7; *libellum dotis*, consécutif à une *desponsatio* par le sou et le denier, *secundum legem Salicam :* « In ea vero ratione, ut hec omnia superius nominata, quandoquidem dies nuptiarum evenerit, et nos Deus insimul coniunxerit, tu, dulcissima sponsa mea nomine illa, ab ipso die hoc habeas, teneas atque possedeas, vel, *quicquid exinde facere volueris*, liberam hac firmissimam in omnibus habeas potestate. » — On peut ajouter à cette liste la formule du Recueil de Rozière, n. 231, que M. Zeumer a écartée de sa collection; cette formule vient de Chartres et est faite *secundum legem Salicam :* « Haec omnia superius compraehensa die praesenti tibi daturus vel traditurus totum et inexquisitum, ut, *quidquid exinde facere volueris*, liberam et firmissimam in omnibus habeas potestatem faciendi. » — M. Heusler, *Institutionen*, II, p. 307, affirme cependant que, dans les formules de Bignon et de Lindenbrog, faites *secundum legem Salicam*, la *dos* est réservée aux enfants. Il relève dans la *Lex Visigothorum*, III, 1, 5, une phrase relative aux droits de la femme sur la *dos :* « Liberam habeat licentiam facere quod voluerit, aut, si intestata decesserit, ad maritum aut ad propinquos mariti heredes donatio redeat »; et il ajoute que, dans nos formules comme dans ce texte, les mots *libera licentia* ne sauraient désigner un droit de libre disposition. L'argument de M. Heusler se retourne contre lui-même; il est certain en effet que, à l'époque de Reccessvind, la femme

de Fleury sur Loire, les autres rédigés *secundum legem Salicam*. Il y a, entre toutes ces formules, la même unanimité : aucune ne restreint au profit des enfants le droit de disposition de la femme; toutes laissent à la femme le droit de faire de sa *dos* ce qu'elle voudra. (1)

Il y a, au contraire, quelques formules qui n'attribuent à la femme le droit de disposer de sa *dos* que s'il n'y a pas d'enfants nés du mariage; des formules où l'on voit poindre ainsi l'idée de la *dos* réservée aux enfants nés du mariage, et soustraite, dans leur intérêt, au droit de disposition des parents. Ces formules appartiennent aux deux collections qui ont le plus nettement subi l'influence du droit romain, aux collections d'Angers et de Tours.

---

sans enfants dispose librement de sa *dos;* il a fallu des constitutions spéciales (loi de Chindasvind en 642, *L. Visig.*, IV, 5, 2), pour limiter au quart de la *dos* le droit de disposition de la femme, en présence d'enfants. Zeumer, *Neues Archiv*, XXVI, p. 138 et ss.

(1) Zeumer, *Formulae extravagantes*, I, n. 9 (Orléans) : « Per hunc osculum a die presente tibi trado, transfero atque transfundo, ut facias exinde quicquid volueris, nemine contradicente. » — N. 10 (Fleury) : « Quantumcumque in ipsa villa visus sum habere vel possidere, de mea parte divisa cum fratribus meis, de integro medietatem tibi concedo, ut facias quicquid volueris, nemine contradicente. » — N. 11. M. Zeumer croit que cette formule est originaire de Chartres ; cependant elle parle du *wadriscap*, et ce mot ne se rencontre guère que dans le Nord de la France, dans les pays où furent rédigées les formules de Lindenbrog ; v. Schröder, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, IV, 1883, *Germ. Abth.*, p. 95 et ss. ; mais, que la formule vienne de Chartres ou du Nord, elle n'en est pas moins tout-à-fait caractéristique : « Tibi, dilectissime michi sponsate, per hoc testamentum dotis, virorum nobilium manibus roboratum, trado, per quod deinceps de his omnibus iure firmiter plenissimam per omnia possis tenere potestatem dandi, vendendi, commutandi et faciendi exinde libere quicquid elegeris. » — N. 12, formule *secundum legem Salicam :* « Ut ab hodierno die totum superius comprehensum habeas, teneas atque possideas, vel, quicquid exinde facere volueris, liberam ac firmissimam in omnibus, Christo propitio, habeas potestatem faciendi. » — Il n'y a rien à tirer, au point de vue qui nous intéresse, des n. 13, 14 et 15 des *Formulae extravagantes*, ni des fragments de Pithou, n. 55, 57 et 60 (Zeumer, p. 597 et s.).

C'est d'abord la formule d'Angers n° 54. L'influence romaine est certaine sur cet acte. Il commence par un renvoi à la *Lex Romana*. Or cet acte décide que, s'il y a des enfants nés du mariage, les biens donnés à la *sponsa* devront leur revenir intacts: c'est seulement s'il n'y a pas d'enfants nés du mariage, que la femme pourra disposer à son gré de son douaire.[1]

Il en est de même dans la formule de Tours n° 14. Ici encore, nous sommes en présence d'un acte où l'influence du droit romain est manifeste; il commence par une citation du Code Théodosien; or, ici encore, le droit de la femme est limité au profit des enfants à naître du mariage; elle devra leur laisser la *dos* intacte.[2]

---

(1) *Formulae Andecavenses*, n. 54 : « Hec omnia rem superius nomenata, quamdiu adviximus, ambo pariter hoc tenire et possedire debiamus ; [post transitum vero meum] superius nomenata hoc tenire et possedire debias. Et, *se prolem nobis Deus dederit,* cum omne integretatem ut rem meliorata acciperit ; et adfirmare debirimus; quod ita et fecimus; post transitum virum tuum in ipsis revertantur. Et, se acuacio de nobis procreata non fuerit, hec omnia rem superius nominata hoc tenire et possedire debiant, et cui voluerit derelinquas. » M. HEUSLER, *Institutionen*, II, p. 307, cite cette formule comme un exemple du fonctionnement des règles du droit salien. Mais n'est-il pas curieux que cette règle salienne ne se trouve appliquée que dans des formules d'allure romanisante, alors que les formulaires où le droit franc apparaît de la façon la plus nette ne la respectent point et n'y font aucune allusion? — Voir encore, dans les *Formules d'Angers,* le n. 1, c. « Haec omnia subscripta rem in tuae iure et dominacione hoc recipere debias, vel posteris suis, [si] inter nus procreati fuerunt, derelinquentis... » Cet acte est entouré de formalités d'origine romaine; il est inséré dans les *Gesta municipalia,* devant la curie d'Angers.

(2) *Formules de Tours,* n. 14: « Haec omnia superius iam dicta per hunc titulum libelli dotis diebus nuptiarum tibi sum impleturus vel traditurus ; ita ut, dum advixeris, secundum legis ordinem teneas atque possedeas, nostrisque, qui ex nobis procreati fuerint, filiis vel filiabus derelinquas. » — Cf., dans l'appendice, n. 2, la formule d'*osculum.* — Il y a un troisième type de *libelli dotis:* ce sont ceux qui n'attribuent à la femme qu'un simple droit d'usufruit. Telle est la formule d'Angers n. 40, acte *secundum lege Romana,* qui ne donne à la femme les biens

Ainsi ce sont les formules romaines qui nous donnent les premiers exemples de *dos* propre aux enfants, réservée à leur profit, soustraite, dans leur intérêt, au droit de disposition de la femme. N'est ce pas très caractéristique? N'est-ce pas un argument très fort en faveur de l'opinion émise par M. Brunner? Ce fait nous montre que la *dos* franque n'était pas propre aux enfants à naître; il nous montre notamment que le capitulaire relatif à l'*achasius* a été, sur ce point, non pas l'expression du droit salien, mais bien une tentative d'introduction, dans les coutumes saliennes, d'une règle romaine.

Il n'y a donc pas de douaire des enfants pendant la période franque; il y a seulement, dans quelques documents, une tendance à sa constitution.

III.

Les indécisions des Coutumes ont persisté longtemps. Elles durent encore pendant le haut moyen-âge. Sans entreprendre ici une étude détaillée des textes des cartulaires relatifs à la *dos*, nous voudrions relever, dans une région déterminée, pour laquelle les documents à cet égard sont particulièrement abondants, les hésitations du droit médiéval sur le sort de la *dos*.

Nous possédons, pour la vallée de la Saône et du Rhône, un très grand nombre de *sponsalitia*, de *dotalitia*, de *libelli dotis*, de dons entre époux, du IXe siècle, du Xe, du XIe; parmi eux, quelques-uns se réfèrent aux coutumes saliennes;(1) d'autres à la loi romaine;(2) quelques autres à la loi

du douaire que « ad husumfructuario ad possediendum; » et aussi la formule de Bignon n. 6, tinado-bono constitué « ad possedendum. » — Si nous ajoutons que les formules de Flavigny reproduisent au n. 21 la formule de Tours n. 14, et au n. 95 la formule de Marculfe, II, 15, nous aurons épuisé ainsi la série des *libelli dotis* français.

(1) *Chartes de Cluny*, I, n. 86, 88, 358; II, n. 1211.

(2) *Chartes de Cluny*, I, n. 105, 229, 439, 686.

bourguignonne.[1] L'influence franque est certaine dans tous ces documents.[2] Quelle que soit la *lex* invoquée, leur contenu est toujours le même; aucun ne parle du *wittemon* burgonde; il s'agit toujours de la *dos* constituée par le mari, *dos* du tiers ou de la moitié de ses biens; souvent l' acte assure à la femme une part des conquêts, de la *collaboratio*, et en cela il rappelle encore les usages francs.[3]

Or l'examen de ces documents est décisif: il prouve qu'au IXe siècle et au Xe l'idée d'un droit des enfants sur la *dos* n'existe pas encore, mais est en germe. Et l'on peut classer de la manière suivante les documents de cette région:

1° La très grande majorité des *dotalitia* et des *sponsalitia* confèrent à la femme la pleine propriété des biens qui

---

(1) *Chartes de Cluny*, I, n. 189 ; II, n. 1426.

(2) On sait comment M. Sohm a, en 1880, soutenu que le droit franc, au cours de la période franque, a pénétré les coutumes des autres races; qu'il y a eu une francisation générale du droit germanique; que seuls le droit lombard et le droit romain ont résisté devant cette conquête des idées franques. *Fränkisches Recht und Römisches Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung,* I (1880), *Germ. Abth.*, p. 1 et ss. M. Ficker a pris le contrepied de ces idées, et il a certainement raison pour le droit de quelques races. Mais, en pays burgonde, l'influence franque est indéniable. Cf. von Halban, *Das römische Recht in den germanischen Volk staaten*, I, p. 311.

(3) Ainsi, pendant tout le haut moyen-âge, les pays de la France de l'Est n'ont connu que le douaire, calculé sur la fortune du mari. Il n'y a, dans les chartes antérieures au XIIIe siècle, aucune trace de l'augment de dot, calculé sur les apports de la femme. Cette simple constatation permet d'écarter l'hypothèse émise par M. Ficker, *Untersuchungen*, IV, p. 513, et d'après laquelle l'augment de dot aurait sa source dans le vieux droit burgonde. L'attribution à la femme, d'une part, du tiers des biens présents du mari, et, d'autre part, du tiers de la *collaboratio*, est, au Xe siècle, une coutume profondément enracinée dans cette région. V. par exemple *Chartes de Cluny*, I, n. 668 (Lyonnais, 945): « Et dono tibi in dotalicio, *sicut antiqua consuetudo legis commemorat,...* oc est tercia pars de omnia mea, de quiquit visus fui abere vel possidere, tam de proprio quam de conquisto... vel inantea, auxiliante (Deo), conquirere vel laborare potuero. » — V. dans le même recueil, les n. 7, 88, 189, 190, 229, 358, 496, 659, 687, 1211, 1331, 1392, 1412, 1777, 2618.

lui sont remis; elle a sur eux les droits les plus absolus; elle peut les tenir, les donner, les vendre, les échanger, les laisser à qui elle voudra. Aucune allusion n'est faite à une restriction quelconque au profit, soit des enfants à naître, soit de la famille du mari; aucun obstacle ne vient limiter le pouvoir de disposition de la femme. La *dos* est attribuée à la femme sans aucune réserve; et ces chartes sont identiques, à cet égard, à toutes les formules de la France du Nord que nous avons étudiées. En particulier il n'y a aucune exception à cette règle pour les *sponsalitia* et les *dotalitia* faits *secundum legem Salicam:* tous contiennent la clause attribuant à la femme, sur sa *dos*, les pouvoirs les plus larges. (1)

---

(1) Voici les preuves, très nombreuses et très caractéristiques, de cette conception du droit de la femme sur la *dos:*

A. — Actes faits *secundum legem Salicam : Chartes de Cluny*, I, n. 86 (904, Châlonnais); le mari a épousé la femme par le sou et le denier selon la loi salique; « Igitur dono tibi donatumque in perpetuum do, in perpetuum ut permaneat esse volo... » — N. 88 (905, Lyonnais et Viennois); douaire du tiers; « Omnia ex omnibus, quiquit dicere aut nominare vel dominare potes, desub integritate tibi... tercio porcione sub integro tibi cedo, et *secundum mea lege Salica* manibus tibi trado, perpetualiter ad abendum, vendendum, donandum, seut liceat tibi commutandum, et, *sicut lex mea Salica commemorat*, faciendum. » — N. 358 (928) : « Quiquit visus sum aut possidere, aut inantea conquirere vel laborare potuerimus... in dotalicio tercia porcione tibi dono, *sicut lex Sqlica commemoret*, at abendi, tenendi, donandi, seut liceat tibi commutandi. » — II, n. 1211 (966, Mâconnais); dot constituée *secundum legem Salicam;* le mari donne à sa femme certains biens en entier, et le tiers des autres: « ad abendi, tenendi, et facias quicquid facere volueris, nullum contradicentem. »

B. — Actes faits *secundum legem Gondobadam: Chartes de Cluny*, I, n. 189 (912, Mâconnais): « Infre istas terminaciones, parcione mea *secundum lege mea Gonbada* in *mergingiva* ad integrum tibi dono, ad abendum, et facies quidquid facere volueris in omnibus. » — II, n. 1426 (Autunois, 976): *dotalium* rédigé *secundum legem meam Gonbada:* « Et de alias res meas, quia ipso curtilo aspiciunt,... de la mea par, cantum visum in abebat, la una medietate totum, sponsa mea, tibi dono et doto ante diem nubtialem, et faciatis post ac die quiquit volueris in omnibus. »

Quelques documents servent de commentaire à ces *dotalitia:* ce sont les actes où nous voyons des femmes disposer des biens que leurs maris leur ont donnés en douaire; tantôt elles les donnent à un second mari, (1) tantôt elles en gratifient un établissement religieux. (2) Évidemment, elles aliènent leur *dos* à leur gré.

C. — Actes rédigés *secundum legem Romanam : Chartes de Cluny,* I, n. 105; *sponsalicium* constitué « *iuxta legem meam Romanam...,* amore dilectionis et *osculo* » (909, comtés d'Apt et d'Aix); « Ista omnia confero tibi..., ut ab hodierno die, quicquid exinde facere volueris, liberam et firmissimam in omnibus habeas potestatem, quicquid animo tuo placuerit, ut facias. » — N. 229 (922, Viennois); *esponsalicium:* « Infra as fines et terminaciones... tercia porcione tibi dono *secundum mea lege Romana,* ad abendi, tenendi, donandi, seu licet tibi comutandi. » — Le n. 439 (935, Viennois) est un « esponsalicium... *sicut lex Romana commemoret* »; sa formule est plus énigmatique: « Et inantea facias de ipsas res et de istas mancipiis, sicut superius scriptum est. » — N. 686 (946, Viennois): « Infra as fines et terminaciones... in esponsalicio tibi dono *sicut lex Romana commemorat,* ad abendi, vendendi, seu licet comutandi. » Le n. 687, intervenu entre les mêmes parties, porte aussi la clause: « in dotalicio tercia parte tibi dono, ad abendi, vendendi, donandi seu liciet comutandi. »

D. — Comme on le voit, il n'y a pas de différence entre ces séries de documents, quant aux pouvoirs qu'ils attribuent à femme sur la *dos.* A cette liste on peut ajouter la liste des *dotalicia* et des *sponsalicia* qui ne se réfèrent à aucune loi personnelle déterminée, et qui attribuent à la femme, sur son douaire, un droit de libre disposition : *Chartes de Cluny,* n. 7, 659, 668, 725, 969, 1392, 2265. — *Cartulaire de Saint-Vincent de Mâcon,* n. 210. — *Cartulaire de Saint-André-le-Bas,* app., n. 93 (Aix, 1011); c'est le *sponçalitium* constitué par le roi de Bourgogne Rodolphe III au profit d'Irmingarde; après avoir consulté les grands du royaume, il donne à sa fiancée la ville de Vienne avec le château de Pipet, et les comtés de Vienne et de Sermorens: « Hec omnia, que supra nominata sunt, habeat et possideat, sub libera potestate habendi, donandi, vendendi, commutandi, vel, quicquid illi placuerit, inde faciendi. »

(1) *Chartes de Cluny,* II, n. 1398 (974, Mâconnais): une femme donne à son second mari, David: « res, quas in ipsa villa abeo, que de *dotalitio* meo mihi advenerit, et ego et Angelardus senior meus insimul conquesivimus. »

(2) *Chartes de Cluny,* I, n. 315 (927-942): « Ego Eva nobilis femina vendo, trado, transfundo monachis... unam vineam, que michi fuit tra-

2° Mais, à côté de ces actes, semblables aux *libelli dotis* des formulaires francs, il y a d'autres documents, où l'on voit naître l'idée d'un droit des enfants sur les biens donnés par l'un des époux à l'autre.

Cette tendance à la restriction des droits de la femme, et à l'attribution d'un droit propre aux enfants, se manifeste, au Xe et au XIe siècle, dans certains *libelli dotis*. Elle apparaît, en Châlonnais, en 939. Il s'agit d'un *dotalitium* portant sur le tiers des biens du mari; la femme n'acquiert plus, sur son douaire, de droits illimités; s'il y a des enfants, ceux-ci recueilleront la *dos* de leur mère; sinon, la *dos*, à la mort de la femme, se partagera entre sa famille et la famille du mari.[1] La même clause reparaît, en termes presque identiques, dans un nouvel acte de 940, relatif, lui aussi, au Châlonnais;[2]

---

dita a marito meo in *dotalicium*, ut faciant ab ac die et deinceps quicquid facere voluerint. » — IV, n. 3205 (1049-1109), acte presque identique au précédent. — *Cartulaire de Savigny*, n. 489 (1002): « Ego... Ermessendis foemina dono ad ecclesiam S. Martini Saviniacensis de rebus meis quae mihi in *sponsalitium* datae sunt. » — *Cartulaire de Saint-Vincent de Mâcon*, n. 466 (1031-1062): « Dono predicte ecclesie omnia, que Livo senior meus michi concessit per *dotalicium* et per aliud donum. » Mais ce dernier acte n'est pas très probant; la donatrice n'a peut-être plus d'enfants au moment de sa donation; car elle donne aussi: « omnia, que michi advenire debent de infantibus duobus, quos jam dicto Livoni genui, qui post mortem illius multis vixerunt diebus. »

(1) *Chartes de Cluny*, I, n. 496: « Tercia parte tipi dono in *dotalicium*, in eo tenore: si nati vel procrea fuerin, at illos perveniat; et si nati vel procreati non fuerin, medietas at eredes meos et alia medietas at eredes tuos perveniat. » — La règle relative au partage de la *dos* par moitié n'est pas une innovation du Xe siècle. Depuis longtemps une tendance en ce sens se manifestait, tendance dont les origines remontent au droit romain. V., à cet égard, les développements très complets de M. Brunner, *Fränkisch-romanische Dos*, p. 566 et s.

(2) *Chartes de Cluny*, I, n. 516: « In ea tinore: si nati vel procreati fuerint, at illos perveniad; si nati vel procreati non fuerint, medietas at heredes meos et alia medietas at eredes tuos perveniant. » L'acte se termine par une phrase qui surprend d'abord: « Et facias post um diem quiquit facere volueris, nullum contradicentem. » Peut-être cette

puis, en 953, dans un *dotalitium* mâconnais et lyonnais; en 974, dans un document châlonnais, et, vers l'an 1000, dans un acte mâconnais. (1)

A la fin du X[e] siècle et au début du XI[e], nous trouvons des actes de *dotalitia* et de *sponsalitia* mâconnais qui suppriment le droit des parents de la femme sur la *dos;* le droit de la femme devient strictement personnel et viager ; et l'acte stipule expressément que, s'il naît des enfants du mariage, ils auront le douaire de leur mère. (2)

---

phrase fait-elle allusion au droit partiel de disposition existant au profit de la femme, en pareil cas, quand il n'y a pas d'enfants nés du mariage. V. la note suivante.

(1) *Chartes de Cluny,* I, n. 857 et 858 (953) ; les deux actes portent la clause suivante : « Et, si eres de nos exit, at illos perveniat, et, si apsit, pos tuum discesso medietas at eres tuos, alia ad meos revertat. » Les biens constitués en *dotalicium* sont ainsi réservés aux enfants. Mais, à défaut d'enfants, la femme garde un droit partiel de disposition ; elle peut aliéner la moitié indivise qui, à son décès, si elle n'en avait pas disposé, reviendrait à sa propre famille. Nous en avons la preuve directe dans le n. 859 du même recueil, où la femme, gratifiée dans les *dotalicia* des n. 857 et 858, cède au couvent de Cluny : « aliquid ex rebus meis..., hoc est medietatem mansi et omnia, que ad ipsam medietatem aspiciunt, sicut senior meus Ingelardus dedit mihi. » La même solution résulte très nettement de l'acte suivant : *Cartulaire de Saint-Vincent de Mâcon,* n. 463 (997-1031, Mâconnais), *dotalicium* du tiers : « Si heres exierit de nobis, teneat ; et si non, unusquisque in vita sua habeat usum et fructum ; et, post nostrum decessum, una medietas ad propinquos meos revertatur ; de alia medietate *facias quicquid volueris,* sine ullo contradicente. » — Cf. encore *Chartes de Cluny,* II, n. 1390 (974, Châlonnais) : « Tali tenore : si de nos nati et procreati fuerint, ad ipsos perveniant ; si non fuerint, una medietas ad eres tuos, alia appropinquis meis revertat. »

(2) *Chartes de Cluny,* II, n. 1412 (975, Mâconnais) : « Dummodo simul vivimus, usum et fructum abeamus ; si eres de nobis adipserit, ad illum perveniat ; et, si non, qualis par patrem suum supravixerit, abeat et possideat ; et post obitum suum ad propincos meos revertatur ; » cf. le n. 1413, acte passé entre les même parties, mais où aucune réserve n'est insérée, ni au profit des enfants, ni au profit de la famille du mari, et où le survivant des deux époux reçoit un droit de libre disposition. — III, n. 2618 (1005, Mâconnais) : « Tercio parte tibi dono in ea

Ces différents actes nous conduisent directement au douaire des enfants. Dans les régions où la tendance qu'ils manifestent triomphera, le douaire des enfants sera constitué.

3° Mais, à côté de ces deux premières séries de documents, il y en a d'autres qui nous font assister à une déformation différente du douaire. Dans ces actes, les droits de la femme sont restreints, non pas au profit des enfants, mais au profit du mari;[1] le douaire de propriété de la femme va se transformer en douaire d'usufruit, mais la nue-propriété du douaire ne se constituera pas au profit des enfants; le mari se réservera le droit de disposer librement de la nue-propriété de la *dos*.

Cette tendance se manifeste d'une manière particulièrement nette dans certains actes mâconnais et lyonnais, dans des chartes très caractéristiques où le mari, du vivant de la femme, dispose des biens qu'il a donnés déjà à sa femme à

---

tenore : si heres de nosmetipsos advenerit, ad illos perveniad ; et, si non abeamus, dummodo vivimus usum et fructum, post tuum discessum a propincos meos perveniad. ». — Le n. 2633 est semblable au n. 2618. — N. 2659 (1008) : « Infra istas terminio una medietate tibi dono, in ea tenore : si eres de nosmetipsos advenerit, ad illos perveniad ; et, si non, abeamus, dummodo vivimus, usum et fructum ; pos tuum dicessum a propinquos meos perveniad. » — C'est sans doute de la même manière qu'il faut entendre, au t. IV, le n. 2875 (1031-1060, Mâconnais) : « Si de nos natus exierit, ad illum pervenit ; et si de nos natus non exierit, quandiu vivimus usum et fructum, et post suum discessum a propincos pervenit. » *Cartulaire de Saint-Vincent de Mâcon*, n. 250 (Mâconnais ; l'acte se place entre 964 et 975, v. p. CCCV) ; *esponsalitium* ou *titulum dotis :* « Infra istos terminos tibi dono, eo tenore : quamdiu nos vivimus usum et fructum ; et, si de nobis natus fuerit infans, ad illum perveniat, et, si nati non fuerint, ad propinquos nostros perveniat. » Comme on le voit, ces actes sont d'une date plus récente que ceux qui prescrivent un partage de la *dos* entre la famille de la femme et celle du mari. Mais tous réservent, en première ligne, la *dos* aux enfants à naître.

(1) V. *Chartes de Cluny*, III, n. 2628 (1006, Mâconnais) : « Infra isto terminio totum tibi do in dotis, ea tenore : dumodo vivis usum et fructum, et pos tuum discessum at propincos meos perveniat. » — Aucune allusion n'est faite au droit des enfants à naître.

titre de *sponsalitium* ou de *dotalitium.*[1] Le droit de disposition de la femme sur la *dos* a fait place à un droit de disposition du mari; le douaire des enfants se trouve ainsi écarté. C'est cette tendance qui a triomphé dans les coutumes bourguignonnes, qui, dans les derniers siècles du moyen-âge, ignorent le douaire des enfants.[2]

---

(1) *Cartulaire de Savigny,* n. 171 (980 env.): « Dono omnes res meas... excepto una alga de vinca, quam relinquo uxori meae Domengianae, ea ratione ut teneat quamdiu vixerit, et post eius obitum ad iam dictam ecclesiam redeat; et hoc, quod dedi ei in *sponsalitio,* et caetera omnia habeant rectores. » — *Chartes de Cluny,* IV, n. 2919 (Mâconnais, 1037): « Dono etiam *dotalitium* uxoris mee Marie post discessum eius in ipsa villa. »

(2) Il n'y a donc pas de règle fixe, dans l'ensemble de chartes que nous venons d'étudier, déterminant les droits de la femme sur la *dos.* Tout est laissé à l'arbitraire des *dotalicia* particuliers, et c'est ainsi que des tendances divergentes se font jour. Or il est curieux de noter que les mêmes tendances se manifestent dans les donations entre époux au cours du mariage:

A. — Donations entre époux attribuant à l'époux donataire les plus larges pouvoirs: *Chartes de Cluny,* I, n. 75 (902): « Sicut superius legitur vel insertum est, totum ad integrum tibi do, trado, ad faciendum post hac die quitquit in omnibus facere voluheris in omnibus, nullum contradicentem. » — Cf. n. 254, 380, 454, 476, 1101, 1425, etc. — Certains actes stipulent que le survivant des deux époux recueillera les biens ainsi données, et en usera à son gré: n. 366, 437. — D'autres limitent le droit de disposition de l'époux donataire à la moitié des biens donnés, réservant l'autre moitié à la famille du donateur: III, n. 1741. Il faut noter aussi la disposition très intéressante du n. 194 du *Cartulaire de Saint-Vincent de Mâcon:* le mari donateur ne confère à sa femme, pour le cas de survie, qu'une saisine viagère, limitée par un droit de retour au profit d'un tiers déterminé. Cependant la femme, en cas de nécessité, pourra vendre le bien donné; et le droit de retour du tiers se transformera dès lors en droit de préemption: « . . . tibi dono, eo tenore ut, dum simul vixerimus, teneamus; et, qualis suum parem supervixerit, ad illum perveniat; post amborum decessum Bererio perveniat; et, si necessitas Evane pervenerit post meum decessum, aut si vendere voluerit, pro XX solidis Bererio vendas. » L'acte nous montre quelle différence il y a entre la propriété viagère, l'*estate in use* limité par un *remainder,* et, d'autre part, l'usufruit, tel que le comprenait le droit romain.

Ailleurs, au contraire, dans la région parisienne, le droit des enfants s'est établi, et nous pouvons nous expliquer maintenant comment il est né dans ces coutumes. Son introduction a été singulièrement facilitée par l'évolution qui a conduit du douaire de propriété au simple douaire d'usufruit. En ré-

---

V. R. CAILLEMER, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, p. 338 et ss.

B. — Donations entre époux réservant les droits des enfants nés ou à naître. Tantôt la donation est faite à la fois au profit de l'autre époux et des enfants, associés comme co-donataires au conjoint gratifié. *Chartes de Cluny*, I, n. 233 (922): « Dulcissima congiuie mea... et filio nostro..., propterea dono vobis... » — N. 370 (928). — N. 400 (932): « Dilecta femina nomen Fulchels et Albiri et Custansi, et ego Albiri dono vobis... — Infra istas terminaciones totum ad integrum: dummodo vivit Fulchels, abead tercia parte usum et fructum; post suum discessum ad infantes nostros pervenit... »

Tantôt la donation est faite au profit du conjoint seul, mais avec une clause d'inaliénabilité et de réversion au profit des enfants: n. 406 (932): « Dilecta seniore mea nomen Isnart, et ego Eldeart dono tibi...: dummodo vivimus pariter usum et fructum; et, qualis desuper vivit de nos, pariter ad illum pervenit, et post nostrum dicessum ad infantes nostros pervenit. » — N. 740 (949): donation émanée de la femme, qui se réserve la Falcidia: « Ea vero racione, sicut nos pariter locuti fuimus, dum modo nos pariter vivimus, usum et fructum pariter possideamus, nisi quarta Falcidia resservo; set, qualisquisque alium superstite vel diu vixerit, ad eum perveniat; et, post amborum nostrorum quoque discessum, ad proprios filios nostros nominibus Amalfredo et Sisfredo perveniat ad electa ereditate eorum. » — N. 822 bis, p. 840 (952): « Tantum pariter possideamus; et, si de nos eres legales fuerit, ipsa ereditate teneat; et si eres non remansit, ad illos veniet (?) » — Cf. t. II, n. 1011; 1163; 1293 (971): « Tibi dono, dum trevivis, usum et fructum abeas; et pos tuum discessum ad infantes, qui sunt de te et de me, perveniad; » — n. 1430. — III, n. 2590. — *Cartulaire de Saint-André le Bas*, n. 128 (927-928, Viennois).

Comme on le voit, ces réserves sont insérées tantôt au profit d'enfants déjà nés lors de la donation, tantôt au profit des enfants à naître. V., au tome III, le n. 2605 (1004-1019): « Igitur hec omnia supradicte uxori mee Ermengardi dono, eo pacto, ut in vita sua teneat et possideat; post illius discessum ad infantes, *qui de me et illa nati sunt et nascentur*, he res perveniant. »

duisant le douaire à une simple jouissance viagère, on protégeait désormais l'enfant contre les aliénations émanées de la mère. Mais pourquoi aurait-on fait disparaître la protection dont l'enfant jouissait jusque-là contre les actes de son père? On supprimait le droit de disposition de la femme; pour faire naître le douaire des enfants, il a suffi de ne pas étendre corrélativement le droit du père sur le douaire, de le laisser ce qu'il était quand le douaire était un douaire de propriété. L'inaliénabilité du douaire entre les mains du père, qui jusque-là s'expliquait par la propriété de la femme, s'expliquera désormais par le droit de l'enfant. L'idée du douaire des enfants n'a fait, en somme, que maintenir, pour un motif nouveau, quelques-unes des solutions anciennes qui découlaient du droit de propriété de la femme.

Là où le douaire des enfants ne s'est pas développé, on a restreint les droits de la femme, et augmenté ceux du mari: là où le douaire des enfants est né, on a restreint les droits de la femme, sans augmenter ceux du mari. (1)

---

(1) A notre avis, le douaire des enfants ne s'est donc constitué que peu-à-peu, au cours du moyen-âge, et l'on se trompe, quand on veut le trouver dans les documents de la période franque. Il y a même certains documents qui nous prouvent que, dans certains pays, c'est seulement dans la seconde moitié du moyen-âge que le douaire des enfants s'est définitivement établi. Tels sont les documents amiénois. On sait que, dans le droit parisien du XIII[e] siècle et des siècles suivants, le douaire des enfants est inaliénable, soit de la part du père ou de la mère agissant isolément, soit de la part des deux époux agissant ensemble (*Mélanges Ch. Appleton*, p. 114). Or, à Amiens, cette règle n'est pas encore établie au début du XIV[e] siècle. Les *Anciens usages d'Amiens*, de 1300 à 1323, décident que, pour le douaire conventionnel, seul connu à Amiens, « ne le peut li hom vendre ne quarquier de nulle querque, se che n'est par le gré de le femme. Mais, par le consentement de le femme, entre aus II le poent bien vendre ou querquier d'aucune carque. » C'est seulement après la dissolution du mariage que le douaire est réservé aux enfants: « Ne li peres puis le mort de se femme ne porroit le douaire de riens carquier. » MARNIER, *Ancien coutumier inédit de Picardie*, p. 152. — Au contraire, au XVI[e] siècle, le douaire est vraiment, dès le début du ma-

Cette évolution, qui a conduit de l'ancienne *dos* au douaire des enfants, ne s'est pas faite sans motifs et sans raisons profondes. Elle coïncide avec la réapparition, à la fin de l'époque franque et pendant le haut moyen-âge, des idées de copropriété familiale et de maintien des biens dans les familles. Ces idées, atténuées au contact du droit romain dans les premiers siècles de l'époque franque, revivent et fleurissent de nouveau aux Xe et XIe siècles. C'est l'époque du développement de la *laudatio* des proches, et, plus tard, du retrait lignager et de la réserve héréditaire. C'est sous l'action des mêmes besoins et des mêmes tendances que le douaire de propriété de la femme s'est peu-à-peu restreint à un douaire d'usufruit; la même idée familiale, agissant de nouveau sur ce même douaire, l'a immobilisé au profit des enfants. Cette apparition d'institutions nouvelles et cette transformation d'institutions anciennes ont la même origine et le même motif social. Le douaire des enfants n'est pas un legs du droit romain ou du droit germanique; c'est, comme bien d'autres institutions de notre ancien droit coutumier, un produit spontané des coutumes du haut moyen-âge.

---

riage, « propre aux enfants » : *Coutumes locales de la ville d'Amiens* (1567), art. 4 (Bourdot de Richebourg, *Coutumier général*, I, p. 191): s'il y a eu constitution de douaire dans les formes légales, « ledit douaire est heritage aux enfans, et ne se peut aliener à leur prejudice. »

